

Document:-
A/CN.4/SR.2756

Compte rendu analytique de la 2756e séance

sujet:
<plusiers des sujets>

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2003, vol. I

*Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International
(<http://www.un.org/law/ilc/index.htm>)*

87. Le PRÉSIDENT dit que la proposition de M. Yamada, qu'ont appuyée d'autres membres, tendant à ce que l'on envisage d'établir des contacts avec l'Association de droit international dans le cadre de l'étude de la responsabilité des organisations internationales, pourrait être renvoyée au groupe de planification une fois qu'il aura été créé.

La séance est levée à 13 heures.

2756^e SÉANCE

Mardi 13 mai 2003, à 10 h 5

Président: M. Enrique CANDIOTI

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Chee, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodriguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Yamada.

Élection du bureau (*fin*^{*})

1. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue aux trois nouveaux membres élus à la Commission du droit international, MM. Economides, Kolodkin et Melescanu. Le Groupe des États d'Europe orientale étant maintenant au complet, il est donc en mesure de proposer un candidat au poste de premier vice-président.

2. M. GALICKI propose M. Melescanu au poste de premier vice-président au nom du Groupe des États d'Europe orientale.

Responsabilité des organisations internationales (suite) [A/CN.4/529, sect. E, A/CN.4/532¹, A/CN.4/L.632]

[Point 7 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

3. Le PRÉSIDENT invite M. Gaja, Rapporteur spécial sur la responsabilité des organisations internationales, à poursuivre son résumé du débat sur le sujet.

4. M. GAJA (Rapporteur spécial), abordant la partie la plus controversée de son rapport, note que M. Koskenniemi a parlé de «choc de cultures» au sujet de la personnalité juridique des organisations internationales [2754^e séance, par. 1], en faisant référence à deux conceptions opposées: selon la première, la personnalité

juridique existe a priori, selon la seconde, elle résulte de l'existence pour l'organisation de droits et d'obligations. Pour sa part, le Rapporteur spécial se situe entre ces deux thèses opposées. Il considère que si une organisation a un droit ou une obligation en vertu du droit international, alors elle doit nécessairement posséder la personnalité juridique. Ce qui ne veut pas dire que tous les droits et obligations d'une organisation internationale relèvent du droit international. Cela dépend avant tout de la capacité d'agir de l'organisation. Une organisation peut être soumise au droit interne d'un État donné, par exemple lorsqu'elle passe des contrats, et elle peut également agir en tant qu'organe d'un État. Le Rapporteur spécial note au passage qu'il n'est guère révolutionnaire de considérer que les individus ont des droits et des obligations en vertu du droit international. Ils jouissent à ce titre de la personnalité juridique mais leur capacité est limitée.

5. L'existence de la personnalité juridique ressort clairement de la définition de l'organisation internationale donnée dans le projet d'article 2, et en particulier des termes *in its own capacity*. Selon le Rapporteur spécial, les termes employés en français («en son nom propre») et en espagnol (*a su propio nombre*) sont moins clairs que l'expression anglaise. En tout état de cause, il serait absurde de parler de la responsabilité internationale d'une entité qui ne possède pas la personnalité juridique. Le Rapporteur spécial ne voit cependant aucun inconvénient à ce que l'existence de la personnalité juridique de l'organisation internationale soit expressément mentionnée dans la définition, comme plusieurs membres de la Commission en ont exprimé le souhait.

6. Un certain nombre de membres de la Commission ont également proposé que la définition de l'organisation internationale précise que l'instrument constitutif de l'organisation est un traité, ou, à tout le moins, qu'elle est créée par des États. La plupart d'entre eux reconnaissent qu'il arrive quelquefois que des entités non étatiques participent à la création de l'organisation, et que l'instrument constitutif ne soit pas un traité. On citera à titre d'exemple l'OSCE et l'OPEP. Dans d'autres cas comme celui de l'OMT, aucun traité formel n'a été conclu. Pour prendre en compte de telles situations, on pourrait suivre la suggestion de Mme Escarameia et de M. Sreenivasa Rao et parler d'instrument international, mais il faudrait alors définir cette expression. Par ailleurs, comme l'a souligné M. Mansfield, la référence aux seuls États comme créateurs ou membres d'une organisation internationale ne traduirait pas vraiment ce qu'on observe dans la pratique. D'ailleurs, la majorité des membres de la Commission semble être d'avis que le projet d'articles devrait également couvrir des organisations qui comprennent des entités non étatiques parmi leurs membres. Pour plus d'exactitude, il faudrait donc étoffer la définition qui figure à l'article 2 proposé.

7. La référence, dans cet article, aux *governmental functions* (prérogatives de puissance publique) a donné lieu à de vives critiques, qui s'expliquent en partie par la difficulté soulevée par la traduction de cette expression en français et en espagnol. En général, les fonctions d'une organisation sont définies dans son instrument constitutif. Cependant, il se peut qu'une organisation acquière, dans la pratique, de nouvelles fonctions, comme ce fut le cas

* Reprise des débats de la 2751^e séance.

¹ Reproduit dans *Annuaire... 2003*, vol. II (1^{re} partie).

de l'OTAN, de la CEDEAO ou de l'Union européenne, par exemple. Dès lors, on ne peut pas exclure la responsabilité internationale d'une organisation simplement parce qu'elle a commis un acte illicite dans l'exercice de fonctions qui n'étaient pas prévues dans le traité qui l'a créé. Par exemple, une organisation qui entreprendrait une action militaire constituant un acte illicite en droit international ne saurait échapper à sa responsabilité internationale simplement parce qu'elle exerce des fonctions qui n'étaient pas prévues au départ. C'est pourquoi la définition retenue doit prendre en compte les fonctions que l'organisation exerce effectivement, plutôt que celles mentionnées dans son instrument constitutif.

8. Le critère fonctionnel a été choisi pour limiter la portée de l'étude aux organisations qui exercent des fonctions législatives, exécutives ou judiciaires, au sens large, du type de celles qui ressortissent aux fonctions essentielles de l'État. Cette approche a été approuvée par certains membres et critiquée par d'autres, lesquels ont souligné qu'il était difficile de déterminer en quoi consistaient ces prérogatives de puissance publique. Il s'agit certes d'un critère vague, et plusieurs membres ont dit préférer la définition traditionnelle de l'organisation internationale comme étant une organisation intergouvernementale. En réalité, il existe deux raisons pour limiter la portée du projet d'articles à une certaine catégorie d'organisations internationales. Tout d'abord, compte tenu de l'extrême diversité des organisations internationales, l'application des règles établies sur le modèle du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite² devrait être limitée aux organisations qui ont avec les États un certain nombre de caractéristiques communes. Ensuite, parce que la pratique connue en matière de responsabilité des organisations internationales est limitée à un petit nombre d'organisations telles que l'ONU, l'OTAN, l'Union européenne, pour n'en citer que quelques-unes. La pratique d'autres organisations est probablement limitée, mais elle est également très difficile à évaluer. En ce qui concerne les questions essentielles que sont l'attribution et la responsabilité des États membres, la difficulté tient au fait qu'il n'est pas certain que les principes que l'on peut élaborer pour les principales organisations existantes s'appliquent de la même manière à l'ensemble des organisations existantes. Il faut donc, d'après certains membres de la Commission, établir une typologie. Toutefois, pour choisir entre les organisations il faut disposer d'un critère suffisamment précis, ce qui n'est pas le cas à l'heure actuelle. C'est pourquoi, s'il n'est pas acceptable ou possible de s'en tenir à une définition fonctionnelle, le Rapporteur spécial propose de revenir à une définition générale des organisations internationales, mais en procédant à une mise à jour de la définition traditionnelle telle qu'elle figure dans la Convention de Vienne de 1969 et dans d'autres conventions. Dans cette optique, il serait également nécessaire de clarifier ce que signifie l'expression «intergouvernementale», étant donné la nécessité d'élaborer une définition exacte qui s'applique au moins à toutes les grandes organisations.

9. Il ressort des observations formulées par les membres de la Commission que le projet d'article 2 doit faire l'objet d'une nouvelle rédaction. Le Rapporteur spécial propose

par conséquent qu'un groupe de travail à composition non limitée se réunisse à cette fin, et que la Commission examine le résultat de ses travaux avant de renvoyer le projet d'article au Comité de rédaction.

10. Le projet d'article 3 a, quant à lui, suscité peu de commentaires. Le texte lui-même n'a pas soulevé d'objections. Le seul point relevé concerne l'omission, délibérée dans le projet actuel, d'une phrase qui figure à l'article 3 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Seuls MM. Kabatsi, Galicki et Candioti ont critiqué ce choix du Rapporteur spécial. Dès lors que le projet d'articles actuel ne constitue pas un parallèle fidèle du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, cette omission ne devrait pas soulever de difficultés majeures, compte tenu, surtout, qu'il s'agit d'un point somme toute superflu. Il serait curieux de faire référence, dans le projet d'article 3, au droit interne des États, comme on l'a proposé.

11. M. Koskeniemi et M. Pellet ont brièvement évoqué la question de la relation entre le droit international et le droit des organisations internationales. Ils se sont référés à la hiérarchie des normes et à la distinction essentielle qui existe entre les obligations d'une organisation envers les États membres et ses obligations envers les États non membres de cette organisation. Selon le Rapporteur spécial, cette distinction n'est pas toujours absolue, comme le montre l'Article 103 de la Charte des Nations Unies; il serait donc difficile d'énoncer à cet égard une règle générale. Cependant, il partage l'avis de M. Pellet, pour qui cette question devrait être examinée dans le contexte de l'élément objectif, en d'autres termes lorsqu'il se produit une violation d'une obligation en vertu du droit international.

12. En ce qui concerne la proposition de M. Kamto tendant à ajouter un paragraphe sur la responsabilité des États membres de l'organisation, soit parce que ceux-ci ont contribué à l'acte illicite, soit parce que l'organisation a agi en tant qu'organe d'un État, le Rapporteur spécial fait observer que ce dernier cas de figure est couvert, au moins de manière implicite, dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. La question de la responsabilité des États membres est trop problématique pour être examinée au stade de l'élaboration des principes généraux. Une fois que les projets d'article pertinents auront été examinés, il sera toujours possible de compléter le projet d'article 3.

13. En conclusion, le Rapporteur spécial propose que les projets d'articles 1 et 3 soient renvoyés au Comité de rédaction et que le projet d'article 2 soit réexaminé selon les modalités qu'il a proposées.

14. Le PRÉSIDENT dit que s'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission accepte la proposition du Rapporteur spécial tendant à ce qu'un groupe de travail à composition non limitée soit constitué pour examiner les questions en suspens relatives au projet d'article 2, et à ce que les projets d'articles 1 et 3 soient renvoyés au Comité de rédaction.

² Voir 2751^e séance, note 3.

Protection diplomatique³ (A/CN.4/529, sect. A, A/CN.4/530 et Add.1⁴, A/CN.4/L.631)

[Point 3 de l'ordre du jour]

QUATRIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

15. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit qu'avant de présenter son rapport, il souhaiterait faire quelques observations sur le traitement réservé actuellement aux rapporteurs spéciaux. En premier lieu, la Cinquième Commission a décidé arbitrairement de supprimer les honoraires de ces derniers. En deuxième lieu, les services de conférence ont établi de nouvelles règles rigoureuses quant à la date de soumission et à la longueur des rapports, faisant valoir le temps nécessaire pour leur traduction et leur publication. Désormais, les rapporteurs spéciaux travaillent sans aucune compensation financière, et doivent tenir des délais très stricts tout en continuant à assumer leurs autres responsabilités. Seule l'idée que la Commission ne peut fonctionner sans leur contribution les pousse à respecter leur engagement.

16. M. Dugard ajoute que la décision de la Cinquième Commission est injuste et discriminatoire, et représente une forme d'exploitation. Il escompte que la Commission exprimera de nouveau son désaccord à ce sujet mais, sachant que les délégations n'y prêteront guère attention, il demande instamment aux membres qui ont l'oreille de leur gouvernement d'amener celui-ci à soulever cette question à la Cinquième Commission.

17. Passant à son quatrième rapport sur la protection diplomatique (A/CN.4/530 et Add.1), le Rapporteur spécial dit qu'il est consacré à une seule catégorie de personne juridique, les sociétés, la plus importante eu égard au sujet et celle qui a fait l'objet de la majorité des décisions de justice pertinentes. D'autres projets d'article viendront toutefois s'ajouter à ceux qui figurent dans le rapport, qui exposeront les dispositions susceptibles de s'étendre à d'autres catégories de personnes juridiques. Par ailleurs, le Rapporteur spécial s'en tiendra, pour le moment, aux projets d'articles 17 et 18. Les projets d'articles 19 et 20, qui figurent également dans le rapport, seront présentés à un stade ultérieur du débat.

18. Une décision domine tous les débats centrés sur le sujet: l'arrêt rendu en 1970 par la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, qui est présentée aux paragraphes 4 à 10 du rapport. Dans cette affaire, la Cour a énoncé la règle selon laquelle le droit d'exercer la protection diplomatique en cas de préjudice causé à une société appartient à l'État sous les lois duquel elle s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège (en l'espèce, le Canada) et non à l'État de nationalité des actionnaires (en l'espèce, la Belgique). La Cour a reconnu que des accords bilatéraux ou multilatéraux d'investissement pouvaient conférer une protection directe des actionnaires et qu'il existait une abondante jurisprudence arbitrale générale découlant de l'interprétation de ces traités, qui étayait la thèse du droit des actionnaires à former des recours, mais cela ne

prouvait pas qu'il existait une règle de droit international coutumier en faveur du droit de l'État de nationalité des actionnaires d'exercer la protection diplomatique à leur égard. Elle a écarté ces pratiques et ces accords, les considérant comme *lex specialis* (voir par. 6 du rapport).

19. Pour parvenir à sa décision, la CIJ s'est fondée sur trois considérations de principe, exposées au paragraphe 10 du rapport. Premièrement, lorsque des actionnaires investissent dans une société qui a des activités commerciales à l'étranger, ils prennent des risques, notamment celui que la société puisse décider, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de ne pas exercer la protection diplomatique à leur égard. Deuxièmement, si l'État de nationalité des actionnaires était autorisé à exercer sa protection diplomatique, cela risquerait d'ouvrir la voie à une multiplicité de réclamations de la part de différents États, les grandes sociétés ayant fréquemment des actionnaires de nombreuses nationalités. Troisièmement, la Cour a préféré ne pas appliquer par analogie les règles relatives à la double nationalité aux sociétés et aux actionnaires et ne pas autoriser les États de nationalité, tant des sociétés que des actionnaires, à exercer leur protection diplomatique.

20. De nombreux juges étaient en désaccord avec le raisonnement suivi par la CIJ, comme en témoigne le fait que huit d'entre eux sur seize ont exprimé des opinions individuelles, dont cinq étaient en faveur du droit de l'État de nationalité des actionnaires d'accorder la protection diplomatique. Parmi les juges qui ont approuvé le raisonnement suivi par la Cour, M. Padilla Nervo a clairement exprimé la dimension idéologique du débat lorsqu'il a déclaré que ce n'étaient pas les actionnaires de ces énormes sociétés qui avaient besoin de protection diplomatique, mais plutôt les États pauvres ou faibles où les capitaux étaient investis qui avaient besoin d'être protégés contre l'ingérence de puissants groupes financiers ou contre des pressions diplomatiques injustifiées.

21. Le Rapporteur spécial rappelle que la décision prise par la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction* a fait l'objet de nombreuses critiques, dont il énumère les plus pertinentes, eu égard au sujet, aux paragraphes 14 à 21 de son rapport. En premier lieu, si la Cour avait tenu compte de la pratique des États telle qu'elle ressort des traités bilatéraux et multilatéraux relatifs aux investissements et des décisions arbitrales interprétant ces instruments au lieu de les écarter comme étant des règles spéciales (*lex specialis*), elle aurait sans doute trouvé des preuves suffisantes de l'existence d'une règle de droit international coutumier en faveur du droit de réclamation des actionnaires. En deuxième lieu, la Cour a établi une norme inapplicable car dans la pratique, les États n'exerceront pas leur protection diplomatique à l'égard des sociétés avec lesquelles ils n'ont pas de lien effectif. Le Rapporteur spécial cite de larges extraits des rapports soumis à l'Association du droit international par David Bederman et Juliane Kokott⁵, qui expliquent que le droit qui régissait jusqu'ici la protection diplomatique a été dans une

³ Pour le texte des projets d'articles 1 à 7 et les commentaires y relatifs adoptés à titre provisoire par la Commission à sa cinquante-quatrième session, voir *Annuaire...* 2002, vol. II (2^e partie), chap. V, sect. C, p. 70 et suiv.

⁴ Voir *supra* la note 1.

⁵ D. J. Bederman, «Lump sum agreements and diplomatic protection», et J. Kokott, «The role of diplomatic protection in the field of the protection of foreign investment», rapports d'activité de l'Association de droit international, *Report of the Seventieth Conference held in New Delhi*, International Law Association (voir 2751^e séance, note 7), p. 230 et 259 respectivement.

large mesure remplacé par des procédures de règlement des différends prévues dans des traités bilatéraux ou multilatéraux relatifs aux investissements, autrement dit, que ce que la Cour a qualifié de *lex specialis* est désormais chose courante. En troisième lieu, le raisonnement suivi par la Cour manque parfois de cohérence puisque, d'une part, l'arrêt semble rejeter l'application du «lien effectif» aux sociétés mais, d'autre part, elle conclut qu'il s'est créé «un lien étroit et permanent» [par. 70 et 71, p. 42 de l'arrêt] entre le Canada et la société. Enfin, la Cour ne justifie pas suffisamment ses déclarations de principe mentionnées au paragraphe 10 du rapport.

22. Pour ce qui est de l'autorité de l'arrêt *Barcelona Traction*, le Rapporteur spécial rappelle que les décisions de la CIJ ne lient pas la Commission et que celle-ci peut très bien décider de ne pas suivre l'arrêt en question. En outre, la Commission peut considérer que, dans cette affaire, la Cour n'énonçait pas de règle générale mais tranchait un différend particulier. D'ailleurs, dans l'affaire *ELSI*, une chambre de la Cour elle-même a ignoré l'arrêt *Barcelona Traction*, et a autorisé les États-Unis à exercer leur protection diplomatique au profit de deux sociétés américaines qui possédaient la totalité des actions d'une grande société italienne, comme cela est indiqué aux paragraphes 23 à 26 du rapport. Cela étant dit, force est de reconnaître que 30 ans après, l'arrêt *Barcelona Traction* est considéré comme l'expression fidèle du droit international coutumier, et que la pratique des États dans le domaine de la protection diplomatique des sociétés est guidée par cet arrêt.

23. Avant de proposer des règles sur la nationalité et la protection diplomatique des sociétés ou de leurs actionnaires, il est nécessaire d'explicitier les options ouvertes à la Commission quant à l'État pouvant exercer la protection diplomatique. C'est ce que fait le Rapporteur spécial aux paragraphes 28 à 46 de son rapport, où il propose sept options. La première, celle de l'État où la société a été constituée, peut être décrite comme la règle de la *Barcelona Traction*, dont les avantages et inconvénients ont déjà été examinés. L'option 2 est celle de l'État où la société a été constituée et avec lequel elle a un lien effectif. Elle serait plus conforme à la pratique des États car beaucoup préfèrent ne protéger que les sociétés avec lesquelles ils ont un lien effectif. Son principal inconvénient, surtout si on la considère comme un critère additionnel, est que de nombreuses sociétés commerciales sont constituées, pour des raisons fiscales, dans des États avec lesquels elles n'ont aucun lien réel. Aux fins de la protection diplomatique, de telles sociétés seraient donc apatrides. L'option 3 est celle de l'État du siège social ou du domicile, et n'est guère différente en pratique de celle de l'État où la société a été constituée. Mais «siège social», «domicile», sont des termes de droit international privé et il ne serait peut-être pas bon que la Commission les reprenne. L'option 4 est celle de l'État du contrôle économique. Que l'on s'appuie sur le critère de la propriété de la majorité du capital ou sur celui de la propriété du plus fort pourcentage de parts, on observe qu'il est très difficile en pratique de prouver le contrôle économique. L'arrêt *Barcelona Traction* lui-même montre combien il est difficile d'identifier avec certitude les actionnaires d'une société. L'option 5 consiste à combiner le critère de l'État où la société a été constituée et celui de l'État du contrôle économique. On peut trouver de bons arguments en faveur d'une double protection,

mais si l'on admet les critiques adressées au critère de contrôle économique, reconnaître cette forme de «double nationalité» n'a guère de sens. L'option 6 consiste à retenir l'État où la société est constituée à titre principal, puis, à défaut, l'État du contrôle économique, qui jouirait ainsi d'un droit subsidiaire de protection. Outre que le critère de contrôle économique fait difficulté, il est difficile de déterminer à quel moment l'État où la société est constituée n'est plus désireux ni capable d'exercer son droit, et où un droit subsidiaire prend ainsi naissance. L'option 7 donnerait aux États nationaux de tous les actionnaires la possibilité d'intenter une action en justice. Autrement dit, elle autoriserait la multiplicité des procédures, approche empreinte de dangers qu'il serait préférable d'éviter.

24. En fin de compte, c'est probablement la règle consacrée par l'arrêt *Barcelona Traction* qu'il conviendrait d'examiner de manière approfondie et de codifier, sous réserve toutefois des exceptions à cette règle que la CIJ reconnaît elle-même. À l'article 17, le Rapporteur spécial tente d'élaborer une disposition qui donne effet à cette règle. Le paragraphe 1 réaffirme que l'État est habilité à exercer sa protection diplomatique, mais c'est à lui qu'il appartient de décider de l'exercer ou non. Ce droit discrétionnaire peut aboutir à ce que les sociétés qui n'ont pas de lien réel avec cet État et leurs actionnaires soient privées de protection. C'est pourquoi les investisseurs préfèrent la sécurité des traités bilatéraux relatifs aux investissements, inconvénient que la Cour elle-même a reconnu. Au paragraphe 2, le Rapporteur spécial propose que l'État national d'une société soit l'État dans lequel cette société est constituée, ajoutant entre crochets «et sur le territoire duquel elle a son siège» pour tenir compte des vœux des membres qui souhaiteraient que l'on mentionne aussi le siège de la société. Dans l'arrêt *Barcelona Traction*, la Cour a mis l'accent sur ces deux critères. Il n'est pas sûr que les deux conditions soient nécessaires. Dans la pratique, elles paraissent revenir au même.

25. Le projet d'article 18 traite des exceptions à la règle selon laquelle c'est l'État où la société est constituée qui peut exercer sa protection diplomatique. La première de ces circonstances est celle où la société a cessé d'exister au lieu de sa constitution. Les termes «a cessé d'exister» (*has ceased to exist*) qui figurent dans l'arrêt *Barcelona Traction* [par. 66, p. 41] semblent ne pas convenir à tous les auteurs. Ceux-ci penchent en faveur du critère moins rigoureux de l'intervention pour le compte des actionnaires lorsque la société a «pratiquement cessé d'exister» (*practically defunct*) [ibid.]. Pour le Rapporteur spécial, la première solution est probablement préférable. Les critiques qui ont été émises à son sujet portent davantage sur la manière dont elle a été appliquée par la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction* que sur la formule elle-même. L'autre problème qui peut se poser est celui du lieu où la société a cessé d'exister. Si dans l'arrêt *Barcelona Traction* la Cour n'a pas dit expressément que la société devait avoir cessé d'exister au lieu de sa constitution, il semble néanmoins ressortir clairement du contexte de l'affaire que tel était le cas. La Cour était disposée à reconnaître que la société en cause avait cessé d'exister en Espagne mais elle a souligné que cela ne l'empêchait pas de continuer d'exister au Canada, État où elle avait été constituée, et c'est ce qui l'a amenée à conclure dans cette affaire que la société n'avait pas cessé d'exister.

26. L'autre exception est celle qui autorise l'État national des actionnaires à intervenir si la société a la nationalité de l'État responsable du préjudice qui lui a été causé. C'est l'exception la plus importante à la règle consacrée dans l'arrêt *Barcelona Traction*. Il n'est pas rare qu'un État exige des étrangers établis sur son territoire qu'ils y exercent leurs activités commerciales par l'intermédiaire d'une société constituée conformément à son droit. Si cet État (souvent un pays en développement) confisque ensuite les actifs de la société ou lui cause tout autre préjudice, le seul moyen dont elle dispose pour obtenir réparation sur le plan international est l'intervention de l'État national de ses actionnaires. Cette règle est controversée. Certains estiment qu'elle ne doit être admise que si la société lésée a été obligée de se constituer dans l'État auteur du préjudice ou si elle a «pratiquement cessé d'exister». La Cour, dans l'arrêt *Barcelona Traction*, a considéré qu'une telle règle était possible mais ne s'est prononcée ni sur son existence ni sur son étendue. Afin d'examiner les arguments qui militent pour et contre cette exception, il convient de se pencher sur le crédit dont elle jouissait avant l'arrêt *Barcelona Traction*, son traitement dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, puis l'évolution de la situation après l'arrêt rendu dans cette affaire.

27. Avant l'arrêt *Barcelona Traction*, l'existence de cette exception est attestée par la pratique des États, les sentences arbitrales et la doctrine. La pratique et les sentences arbitrales sont toutefois loin d'être claires. Les arguments les plus forts en faveur de cette exception se trouvent dans les sentences relatives aux trois affaires dans lesquelles la société lésée avait été obligée de se constituer dans l'État auteur du préjudice – *Chemin de fer de la baie de Delagoa*, *Mexican Eagle* et *El Triunfo Company*.

28. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour a soulevé la possibilité de cette exception, puis a estimé qu'il était inutile qu'elle se prononce à ce sujet puisqu'il ne s'agissait pas en l'espèce d'une affaire où l'État où la société avait été constituée (le Canada) avait lésé cette société. Mais il est clair que la Cour était plutôt favorable à cette exception, et cela est souligné par un certain nombre de juges, comme sir Gerald Fitzmaurice, qui a déclaré que cette règle faisait clairement partie du droit international coutumier. Par contre, les juges Padilla Nervo, Morelli et Ammoun se sont fermement élevés contre celle-ci.

29. Après l'arrêt *Barcelona Traction*, c'est surtout dans le contexte de l'interprétation des traités d'investissement que l'on trouve un certain appui en faveur de ce principe. Dans l'affaire *ELSI*, une chambre de la CIJ a autorisé les États-Unis à protéger les actionnaires américains d'une société italienne constituée et enregistrée en Italie qui avait été lésée par le Gouvernement italien. En l'espèce, la chambre ne traite pas de cette question mais elle était clairement présente à l'esprit de certains des juges, comme en témoigne l'échange d'arguments entre le juge Oda et le juge Schwebel dans leurs opinions individuelles, le juge Schwebel se montrant très favorable à cette exception. Il est difficile de savoir quelle conclusion tirer de l'arrêt rendu dans l'affaire *ELSI*. Il semble toutefois que cet arrêt renforce la position de la majorité des juges qui se sont déclarés favorables à l'exception en question dans l'affaire de la *Barcelona Traction*.

30. En somme, avant l'arrêt *Barcelona Traction*, l'exception à l'étude jouissait d'un certain appui, quoique les opinions fussent divisées à son sujet. L'*obiter dictum* de la Cour dans l'arrêt *Barcelona Traction* et les opinions individuelles de certains de ses juges ont donné du poids aux arguments en faveur de l'exception. L'évolution ultérieure de la situation, notamment dans le contexte de l'interprétation des traités, a confirmé cette tendance. En outre, tant les États-Unis que le Royaume-Uni se sont déclarés en sa faveur. Actuellement, les auteurs restent divisés sur la question. Le Rapporteur spécial propose quant à lui à la Commission d'accepter cette exception, qui ne devrait pas être limitée aux cas dans lesquels la société victime du préjudice a été obligée de se constituer dans l'État auteur du préjudice, mais devrait s'appliquer aussi aux situations dans lesquelles la société n'a pas «pratiquement cessé d'exister». Si toutefois la Commission avait des réserves sur cette exception, il serait très difficile d'écarter le cas dans lequel la société a été obligée de se constituer dans l'État auteur du préjudice pour pouvoir y mener des activités commerciales.

La séance est levée à 11 h 30.

2757^e SÉANCE

Mercredi 14 mai 2003, à 10 heures

Président: M. Enrique CANDIOTI

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Chee, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Pamboutchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Yamada.

Protection diplomatique¹ (*suite*) [A/CN.4/529, sect. A, A/CN.4/530 et Add.1², A/CN.4/L.631]

[Point 3 de l'ordre du jour]

QUATRIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. M. BROWNLIE dit que le quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/530 et Add.1) est utile, bien documenté et de la même qualité que la présentation qu'en a faite le Rapporteur spécial, qui a clairement indiqué qu'il limitait son étude aux sociétés commerciales. Pour M. Brownlie, une telle limitation n'est guère justifiée, et il espère qu'elle ne sera pas trop vigoureusement mise en œuvre. D'autres organes – villes, autorités locales,

¹ Pour le texte des projets d'articles 1 à 7 et les commentaires y relatifs adoptés à titre provisoire par la Commission à sa cinquante-quatrième session, voir *Annuaire... 2002*, vol. II (2^e partie), chap. V, sect. C, p. 70 et suiv.

² Reproduit dans *Annuaire... 2003*, vol. II (1^{re} partie).